



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2017-00277-00
ACCIONANTE: OMAR GARZON VELASQUEZ
ACCIONADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y
 CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP

**AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 de 2011
ACTA N° 397 – 19**

En Bogotá D.C. a los veintitrés (23) días del mes de octubre de 2019, siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la **Sala 43** de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: CARLOS JULIO PEDRAZA FONSECA

Parte demandada: YULIAN STEFANI RIVERA ESCOBAR

No asiste representante del Ministerio Público

SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que deba ser saneada y como quiera que el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada la etapa de saneamiento del proceso.

De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.

ASUNTO PREVIO

En audiencia celebrada el 06 de agosto del año en curso se reiteraron las pruebas decretadas en audiencia inicial ordenando oficiar al archivo general de la nación y otorgando un plazo de 20 días para que se anexara dicha documental al expediente. De igual forma se requirió a la entidad para que determinara con cuales factores salariales el actor realizó aportes a pensión (Folio 118).

Una vez allegado el material probatorio se proceden a escuchar alegatos de conclusión.

ALEGACIONES

El Despacho corrió traslado a la parte actora para que presentara sus alegatos de conclusión, la intervención queda registrada en la videograbación digital de la presente audiencia.

SENTENCIA

Teniendo en cuenta que hasta esta etapa procesal no se advierte vicio o irregularidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a dictar la correspondiente sentencia.

PROBLEMA JURIDICO.

Tal como quedó establecido en la fijación del litigio el problema jurídico se contrae a determinar si la prima de riesgo puede tenerse en cuenta como factor salarial integrante de la base pensional del actor.

CONSIDERACIONES

El señor OMAR GARZÓN VELASQUEZ pretende que se incluya la prima de riesgo como un factor integrante de la base de liquidación de la pensión de la que es titular.

Si bien, tal solicitud ya fue objeto de pronunciamiento judicial con identidad de partes, objeto y causa petendi, se estableció durante el trámite que no existe cosa juzgada en el presente asunto, pues tratándose de un asunto pensional el fallo no surte efectos frente a las mesadas causadas con posterioridad (folio 107), máxime que para la fecha de presentación de la demanda había sido expedida sentencia de unificación que justificaba la presentación de una nueva acción ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo a lo anterior se procede a resolver el problema jurídico

1. Presupuestos fácticos y pretensiones

El demandante OMAR GARZÓN VELASQUEZ según el certificado laboral suscrito por el Subdirector de Talento Humano del DAS, laboró en la entidad desde el 21 de mayo de 1982 hasta el 01 de diciembre de 2005 cuando alcanzó el status pensional desempeñando los siguientes cargos (folios 144):

CARGO DESEMPEÑADO	DESDE	HASTA
Agente secreto Escolta 4120-06, resolución 0869 de 1982	21 de mayo de 1982	30 de noviembre de 1987
Agente secreto 4120-07 resolución 3245 de 1987	01 de diciembre de 1987	25 de septiembre de 1989
Detective agente grado 07 resolución 3553 de 1989	26 de septiembre de 1989	30 de junio de 1993
Detective profesional 207-09 resolución 1351 de 1993	07 de julio de 1993	31 de enero de 1996
Detective profesional 207-11 resolución 0197 de 1996	01 de febrero de 1996	05 de abril de 2000
Detective especializado 206-13. Resolución 484 de 2000	06 de abril de 2000	31 de diciembre de 2000
Detective especializado 206-13 resolución 085 de 2001	01 de febrero de 2001	10 de julio de 2003
Detective especializado 206-14, resolución 1138 de 2003	11 de julio de 2003	25 de julio de 2004

Detective especializado 206-16 resolución 1576 de 2004	26 de julio de 2004	30 de noviembre de 2005
--	---------------------	-------------------------

La entidad accionada a través de resolución 12864 de 25 de junio de 2004 reconoció pensión de jubilación al actor en cuantía \$848.308.30 a partir del 01 de noviembre de 2003 (cd expediente administrativo).

En resoluciones RDP 053022 de 18 de noviembre de 2013 (folio 12) y RDP 055660 de 06 de diciembre de 2013 (folio 14) se negó la reliquidación de la pensión estableciendo que en la resolución de fecha 24 de octubre de 2011 se dio cumplimiento al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenaba reliquidar la pensión sin incluir el factor de prima de riesgo.

De acuerdo a lo anterior el actor pretende en la presente acción que se declare la nulidad de los actos por medio de los cuales se negó la reliquidación de su pensión y en consecuencia que se tenga en cuenta el factor de prima de riesgo en la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

Por su parte la entidad manifiesta en la contestación de la demanda que los actos se expidieron conforme a derecho, toda vez que se acataron los fallos que ordenaban la reliquidación de la pensión del actor sin la inclusión de la prima de riesgo pues no constituye factor salarial.

2. Liquidación de la pensión del actor

Por medio de resolución 12864 de 25 de junio de 2004 se reconoció pensión de vejez al actor con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 09 años 7 meses, conforme lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y sentencia 168 de 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de octubre de 2003, teniendo como factores salariales la asignación básica, bonificación por servicios prestados y la bonificación por compensación, además señaló:

“El decreto 691 de 1994, incorporó a los servidores públicos del orden nacional al Sistema General de Pensiones, a partir de 01 de abril de 1994.

Que dicha norma en su artículo 6 enuncia los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación, el cual fue modificado por el decreto 1158 de 1994.

(...)

Que de conformidad con las normas antes transcritas se concluye que la liquidación de la pensión de vejez ha sido elaborada conforme a la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994 que no establece la prima de riesgo como ítem que integre el ingreso base de cotización, razón por la cual el mismo no se incluye en dicha liquidación de la prestación solicitada.”¹

Posteriormente en cumplimiento de fallo judicial se reliquidó la pensión en resolución No. UGM 014736 de 24 de octubre de 2011, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de los factores devengados durante el último año de servicio 30 de noviembre de 2004 a 30 de noviembre de 2005: asignación básica, , bonificación servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

3. Prima de riesgo

¹ Expediente administrativo contenido en CD

3.1 Naturaleza jurídica de la prima de riesgo

El Decreto 1933 de 1989 “Por el cual se expide el régimen prestacional especial de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, estableció que el personal de las áreas de la Dirección Superior, Operativa y los conductores adscritos al servicio de escolta, unidades de operaciones especiales y grupos antiexplosivos de la entidad, tenían derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo, sin carácter salarial, equivalente al 10% de la asignación básica.

Dicha normativa fue sustituida mediante Decreto 1137 de 1994, el cual estableció que la prima de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de Detective Especializado, Profesional o Agente, Criminalístico Especializado, Profesional o Técnico y Conductores, equivalente al 30% de su asignación básica mensual, preceptuando en el inciso del artículo 1º y que la mencionada prima no constituiría factor salarial.

Posteriormente, mediante Decreto 2646 de 1994 “por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, se extendió el reconocimiento de la prima de riesgo a cargos del área operativa y a los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente.

Finalmente con la entrada en vigencia del Decreto 4057 de 2011 “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones” se estipuló que la prima de riesgo se integraba y reconocía en la asignación básica:

“Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.”

3.2 Criterio jurisprudencial adoptado en cuanto a la prima de riesgo.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 1º de agosto de 2013, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, consideró que la prima de riesgo constituye factor salarial, en tanto la normatividad que la regula le confiere un carácter periódico y permanente que denota en la realidad su objeto de retribuir de forma directa al trabajador su servicio prestado:

“Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca”.

De igual forma en reciente sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se señaló que la prima de riesgo constituye factor salarial dado su naturaleza jurídica y el servicio prestado por la entidad demandada:

“En este orden de ideas, la Sala Mayoritaria observa, que en efecto el demandante devengaba mensualmente la denominada prima de riesgo, lo que verifica el cumplimiento de los requisitos de permanencia y habitualidad que caracterizan el concepto de salario, por lo que la Sala Mayoritaria comparte la tesis expuesta por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia del 1 de agosto de 2013, según la cual la prima de riesgo constituye factor salarial, máxime que el pago de la mencionada prima, se efectuaba como contraprestación de las actividades desempeñadas por la demandante, dada la naturaleza jurídica y el servicio prestado por la entidad demandada.”²

3.3 caso concreto

Según certificados allegados al expediente el actor devengó la prima de riesgo entre los años 1993 a 2005 y sobre este factor realizó aportes a pensión (Folios 147 a 152).

Tal como se estableció anteriormente la jurisprudencia del Consejo de Estado determinó que la prima de riesgo constituye factor salarial y por lo tanto debía incluirse en el IBL pensional, no obstante dicha jurisprudencia perdió fuerza vinculante con la sentencia de unificación posterior que determinó que los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez son los establecidos en el decreto 1158 de 1994:

- “a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

De acuerdo a lo anterior le asistió razón a la entidad al no tener en cuenta la prima de riesgo para la liquidación de la pensión de vejez del actor, en razón a que no estaba incluida dentro de los factores contenidos en el decreto 1158 de 1994.

Es importante aclarar que es diferente el concepto de factor salarial al de salario básico y que por ello el Despacho no puede incluir la prima como factor salarial para la liquidación del IBL porque estaría contrariando la interpretación que los órganos de cierre le dieron al régimen de transición de la ley 100 de 1993, específicamente a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 en la que se fijaron las siguientes reglas:

“A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN “F”, Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019). **Magistrado Ponente:** Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA, radicación 11001-33-35-013-2014-00250-02, demandante JAVIER CASTELLANOS MENDEZ, demandado FIDUCIARIA LA PREVISORA VOCERA DEL PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO en su calidad de sucesor procesal del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS -, medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, controversia RECONOCIMIENTO DE PRIMA DE RIESGO COMO FACTOR SALARIAL.

(...)

La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”³

No obstante hay que aclarar al actor, la razón por la cual existen pronunciamientos diferentes frente al mismo tema.

Desde la expedición del Decreto 4057 de 2011 la prima de riesgo hace parte de la asignación básica; antes de su vigencia fue factor salarial por interpretación del Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 1º de agosto de 2013, y antes de esta sentencia no era factor salarial, motivo por el cual, la decisión de incluir o no la prima depende de la norma y la jurisprudencia vigente al momento de la decisión judicial.

El Despacho no desconoce que después de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 algunos jueces han ordenado la inclusión de la prima de riesgo en el IBL pensional, en virtud de su carácter permanente y retributivo, naturaleza que ciertamente tiene como factor salarial; sin embargo, este factor no está contemplado en el Decreto 1158 de 1994 aplicable para quienes fueron beneficiarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

Ahora bien si lo que se pretende en dichas sentencias es atribuirle el carácter de salario básico, es importante recordar que sólo tiene dicha connotación a partir del 2011 y que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, no puede el juez modificar el salario del trabajador, pues la dirección general de la economía está a cargo del Estado. Conforme al artículo 150 numeral 19, en los literales e) y f), es el Congreso quien fija los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional la determinación del salario de manera independiente para los empleados públicos.

La sentencia SU- 1194 del 2000 señaló:

“En este contexto, la Sala Plena afirmó que la decisión de aumentar el salario o las pensiones a los servidores de orden nacional, corresponde al Gobierno Nacional, como quiera que esa es una manifestación de su poder de formulación y aplicación de la política económica y fiscal. En efecto, la Constitución establece que el

³ Consejo De Estado Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018) Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro

presupuesto anual y la ley de apropiaciones deben tener iniciativa gubernamental; lo cual deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo."

En consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la prima de riesgo no está dentro de los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 y que no hizo parte de la asignación básica sino hasta el año 2011.

CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁴, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que debido a que le asistía fundamento de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para solicitar la reliquidación de su pensión de vejez, no se le condenará a pago por concepto de costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.*

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

SEGUNDO. SIN CONDENA EN COSTAS de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

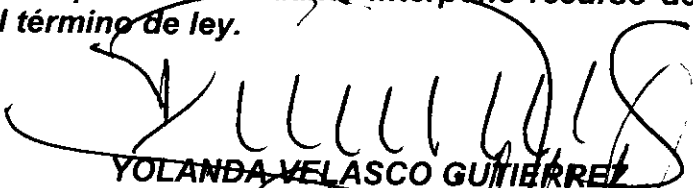
TERCERO. DESTINAR los remanentes de lo consignado en el proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

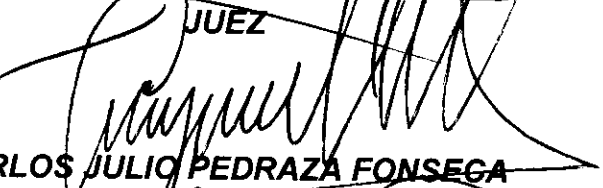
Decisión notificada en estrados

⁴ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación el cual sustentará en el término de ley.



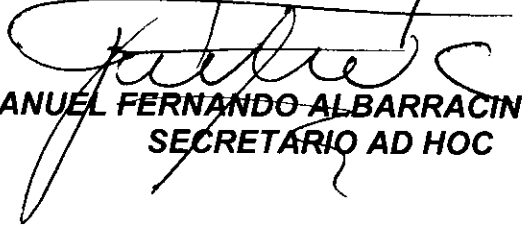
YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ



CARLOS JULIO PEDRAZA FONSECA
APODERADA DEMANDANTE



YULIAN STEFANI RIVERA ESCOBAR
APODERADA DEMANDADA



MANUEL FERNANDO ALBARRACIN CORREA
SECRETARIO AD HOC